

Wybór najkorzystniejszej oferty w zamówieniach publicznych na usługi pocztowe

Spis treści

- I. Uwagi ogólne
- II. Usługa pocztowa jako przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
- III. Przygotowanie postępowania przetargowego
- IV. Opis przedmiotu zamówienia
- V. Wybór procedury udzielenia zamówienia publicznego
- VI. Kryteria oceny ofert
- VII. Podsumowanie

Streszczenie

Liberalizacja usług pocztowych w Unii Europejskiej wprowadziła konieczność dostosowania krajowych uregulowań prawnych do konkurencyjności i niedyskryminacji na rynku usług pocztowych. Z tego względu udzielanie zamówień publicznych na usługi pocztowe również powinno być podporządkowane nadrzędnej zasadzie zamówień publicznych, jaką jest zasada konkurencyjności. Usługi pocztowe powinny być zatem przedmiotem konkurencyjnych procedur udzielania zamówień publicznych.

Powyższa teza wynika z analizy polskich i europejskich uregulowań prawnych oraz aktualnego orzecznictwa. Efektywność i wysoka jakość usług pocztowych może być więc zapewniona przez prawidłowo przeprowadzoną procedurę udzielania zamówienia, a w szczególności funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia i kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Autorka dokonuje więc empirycznej analizy, badając czy obowiązujące uregulowania prawne tworzą efektywny system udzielania zamówień publicznych na usługi pocztowe.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne; usługi pocztowe; konkurencja; procedura udzielania zamówień publicznych; opis przedmiotu zamówienia; kryteria oceny ofert; efektywność.

I. Uwagi ogólne

Rozwój społeczeństwa informacyjnego i usług świadczonych drogą elektroniczną zmienił rolę i znaczenie tradycyjnych usług pocztowych. Usługi pocztowe nadal jednak odgrywają istotną rolę w rozwoju gospodarczym państwa nie tylko w związku ze świadczeniem usług w postaci przekazywania towarów, lecz także świadczenia usług pocztowych w korespondencji pomiędzy

* Doktor, adiunkt w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego; e-mail: anna.gorczyńska@interia.pl.

obywatelami a administracją, obywatelami a wymiarem sprawiedliwości oraz w relacjach handlowych pomiędzy przedsiębiorcami.

Podmioty wydatkujące środki publiczne są co do zasady zobowiązane do przestrzegania procedur wynikających z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.)¹, która szczegółowo określa procedury przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również dopuszczalne prawem wyjątki od zasad ogólnych. Zamówienia publiczne regulowane są również w prawie Unii Europejskiej przez szereg aktów prawnych, które mają na celu harmonizację systemu zamówień na rynku wewnętrznym UE². Charakterystyczne dla zamówień publicznych jest objęcie regulacją prawa Unii Europejskiej wszystkich zamówień powyżej określonych kwotowo progów, natomiast poniżej tych kwot stosuje się uregulowania prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich UE³.

System zamówień publicznych ma na celu zapewnienie efektywnego wydatkowania środków publicznych. Stanowi więc ograniczenie dla dyskrecjonalnej władzy administracji publicznej w zakresie procedur wyboru wykonawcy zadania publicznego. Wprowadza również kontrolę decyzji zamawiającego, a naruszenia prawa stwarzają możliwość zaskarżenia decyzji zamawiającego zarówno na drodze postępowania odwoławczego do Krajowej Izby Odwoławczej, jak i poprzez skargę do sądu.

Celem artykułu jest analiza problemu, w jaki sposób zamawiający powinien zorganizować postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi pocztowe, aby osiągnąć najwyższą efektywność wydatkowanych środków publicznych, czyli dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. Autorka wskazuje, iż szczególne znaczenie będzie odgrywać opis przedmiotu zamówienia, wybór trybu udzielania zamówienia, i a w szczególności określenie kryterium oceny ofert.

Problematyka zamówień publicznych na usługi pocztowe była do tej pory ogólnie ukazana w nielicznych opracowaniach⁴. Jednakże analiza procedury udzielania zamówień publicznych, a w szczególności wyboru najkorzystniejszej oferty w usługach pocztowych, nie była do tej pory szczegółowo prezentowana w publikacjach naukowych. Zauważyć należy, że szereg kwestii związanych z efektywnością realizacji usług pocztowych nabrało szczególnego znaczenia praktycznego w związku z udzieleniem zamówienia przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych. Celem niniejszej publikacji jest więc wskazanie, na podstawie problemów praktyki, konsekwencji decyzji zamawiającego związanych z przygotowaniem procedury udzielenia zamówienia publicz-

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. 2013 poz. 907 z późn. zm.).

² Najważniejszymi aktami prawa UE regulującymi zamówienia publiczne są: Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r., s. 114) zwana dyrektywą klasyczną; Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r., s. 114) zwana dyrektywą sektorową; Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/12/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31) zwana dyrektywą odwoławczą; Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.7.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009 r., s. 76) zwana dyrektywą obronną.

³ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet and Maxwell, London 2005, s. 126 i n.

⁴ M. Krakala-Zielińska, *Prawo pocztowe Unii Europejskiej*, Wyd. TNOiK, Toruń 2009; M.A. Waligórski, *Zamówienia publiczne na usługi pocztowe w prawie Unii Europejskiej*, [w:] A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, UZP, Warszawa 2010, s.85; por. także M. Szydło, *Prowadzenie działalności gospodarczej w nowym prawie pocztowym na tle prawa wspólnotowego*, PUG 2004, vol. 10, nr 16.

nego oraz wskazanie wybranych rozwiązań prawnych, które mogą usprawnić realizację umowy w sprawie udzielenia usług pocztowych.

II. Usługa pocztowa jako przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Nowa ustawa z 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe⁵, weszła w życie 1 stycznia 2013 r. i dokonała liberalizacji rynku usług pocztowych. Otwarcie usług pocztowych stało się obligatoryjne dla wszystkich państw członkowskich już wcześniej, w związku z obowiązkiem implementacji pocztowej dyrektywy Unii Europejskiej⁶. Celem dyrektywy jest liberalizacja usług pocztowych w celu urzeczywistnienia ich pełnej konkurencyjności⁷. Wskutek wdrożenia nowych uregulowań prawnych Poczta Polska S.A. przestała mieć wyłączność na świadczenie tzw. zastrzeżonych usług pocztowych, co w rzeczywistości dawało znaczną przewagę konkurencyjną na rynku usług pocztowych.

Usługa pocztowa jest definiowana w art. 2 ust.1 Prawa pocztowego, zgodnie z którym usługą pocztową jest wykonywanie w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe:

- 1) realizowanie łącznie lub rozdzielnie przyjmowanie, sortowanie, doręczanie przesyłek pocztowych oraz druków bezadresowych;
- 2) przemieszczanie przesyłek pocztowych oraz druków bezadresowych, jeżeli jest wykonywane łącznie z przynajmniej jedną z czynności, o których mowa w pkt 1;
- 3) przesyłanie przesyłek pocztowych przy wykorzystywaniu środków komunikacji elektronicznej, jeżeli na etapie przyjmowania, przemieszczania lub doręczania przekazu informacyjnego przyjmują one fizyczną formę przesyłki listowej;
- 4) prowadzenie punktów wymiany umożliwiającej przyjmowanie i wymianę korespondencji między podmiotami korzystającymi z obsługi tych punktów;
- 5) realizowanie przekazów pocztowych.

Prawo pocztowe przyjmuje ponadto, że usługi pocztowe mogą być świadczone przez operatorów pocztowych, którzy prowadzą działalność na podstawie obligatoryjnego wpisu do rejestru operatorów pocztowych. Jednocześnie Prawo pocztowe wprowadza definicję operatora wyznaczonego (art. 3 pkt 13), którym jest operator pocztowy zobowiązany do świadczenia usługi powszechnej. Usługa powszechna została szczegółowo zdefiniowana w art. 45 ust. 1 Prawa pocztowego i odnosi się do przyjmowania, sortowania, przemieszczania i doręczania wymienionych w ustawie przesyłek listowych i paczek pocztowych o podanych szczegółowo wymiarach i wadze (art. 15 ust. 1 Prawa pocztowego).

Operator wyznaczony jest zobowiązany do świadczenia usług na terenie całego kraju. Ponadto jest on zobowiązany do przyjmowania przekazów pocztowych ze świadczeniami z ubezpieczeń społecznych, w tym emerytalnymi i rentowymi, świadczeniami z pomocy społecznej, a także przekazów na tereny wiejskie. Przez okres 3 lat od wejścia w życie ustawy (tj. od 1 stycznia 2013 r.) rolę operatora wyznaczonego pełni Poczta Polska S.A., a po upływie tego okresu zostanie on wy-

⁵ Ustawa z 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. 2012 poz. 1529) (dalej: Prawo pocztowe).

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/6/WE z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniająca dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Unii (Dz. Urz. UE L 53 z 27.02.2008, s. 3).

⁷ M. Krakala-Zielińska, *Prawo pocztowe Unii...*, s. 85.

brany w postępowaniu konkursowym w drodze decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na okres 10 lat (art. 178 ust.1–4 Prawa pocztowego).

Pojęcie usługi powszechnej obejmuje swym zakresem ciągle świadczenie usługi pocztowej określonej jakości na całym terytorium państwa członkowskiego po przystępnych cenach i dla wszystkich użytkowników. W wyniku rozwoju i liberalizacji rynku usług pocztowych okazało się, że nie ma potrzeby utrzymywania monopolu prawnego na świadczenie usługi powszechnej. Stąd w dyrektywie 2008/6/WE dopuszczono dokonanie wyboru przez państwa członkowskie jednego z poniższych lub kilku powiązanych ze sobą rozwiązań: zapewnienie usługi powszechnej przez mechanizm rynkowy, wyznaczenie jednego lub kilku przedsiębiorstw świadczących różne elementy usługi powszechnej lub świadczących tę usługę na różnych częściach terytorium, zastosowanie trybu udzielania zamówień publicznych na usługi. W odniesieniu do trybów dyrektywa wskazuje zwłaszcza procedury negocjacyjne oraz procedurę dialogu konkurencyjnego⁸, właściwą dla postępowań szczególnie skomplikowanych pod względem prawnym i finansowym. Odwołanie do procedur udzielania zamówień publicznych na świadczenie usługi powszechnej jest niewątpliwie przejawem liberalizacji sektora pocztowego oraz otwarcia na konkurencję⁹.

Usługi pocztowe są również przedmiotem regulacji prawa Unii Europejskiej dotyczącego zamówień publicznych¹⁰. Dla publicznych operatorów pocztowych szczególne znaczenie odgrywa dyrektywa 2004/17/WE koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych zwana dyrektywą sektorową lub użyteczności publicznej. Prawo europejskie reguluje więc problematykę świadczenia usług pocztowych nie poprzez klasyczne rozwiązania w zakresie zamówień publicznych zawarte w dyrektywie 2004/18/WE, ale poprzez odmienną regulację właściwą dla sektorów wrażliwych w celu zagwarantowania realnego otwarcia tych rynków dla swobodnego przepływu towarów i usług. Wyższy również jest tzw. próg, czyli określona rozporządzeniem kwota, powyżej której pod rygorem nieważności postępowania i umowy w sprawie zamówienia publicznego należy stosować prawo unijne¹¹.

III. Przygotowanie postępowania przetargowego

Głównymi zasadami zamówień publicznych są konkurencyjność, równość, niedyskryminacja uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, jak również przejrzystość i jawność procedury¹². Zasady te są podstawą zarówno uregulowań prawa unijnego, jak i krajowych regulacji zamówień publicznych. W prawie Unii Europejskiej katalogi podstawowych zasad są wskazane już w preambułach obu dyrektyw, a następnie są przywoływane w większości orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, poświęconych zamówieniom publicznym¹³. Mają one na celu

⁸ A. Górczyńska, *Competitive Dialogue in Poland*, [w:] S. Arrowsmith, S. Treumer, *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 424 i n.

⁹ M. Krakala-Zielińska, *Liberalizacja świadczenia usług pocztowych a zamówienia publiczne*, [w:] A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, UZP, Warszawa 2010, s. 285.

¹⁰ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 558 i n.

¹¹ Dla operatorów publicznych świadczących usługi pocztowe próg powyżej którego stosuje się prawo unijne wynosi 414 000 Euro.

¹² M. Królikowska-Olczak, *Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, [w:] A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne...*, s. 9 i n.; A. Górczyńska, *Naruszenia konkurencji w prawie zamówień publicznych w świetle orzecznictwa*, [w:] A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne...*, s. 19–27; A. Górczyńska, *Zasady wspólnotowego prawa zamówień publicznych*, [w:] M. Królikowska-Olczak (red.), *Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki*, Difin, Warszawa 2004, s. 23 i n.

¹³ Por. ostatnie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, np. wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 10.12.2012 r. w sprawie C-299/08 (*Komisja v. Francja*), ECR I-11587; wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 18.11.2010 r. w sprawie C-226/09 (*Komisja v. Irlandia*), ECR I-11807; wyr. Trybunału Sprawiedliwości

udostępnienie rynku zamówień publicznych wszystkim przedsiębiorcom na równych zasadach w celu realizacji podstawowego celu zamówień publicznych, jakim jest efektywność wydatkowania środków publicznych. Z tego powodu zamawiający kształtujący politykę zamówień publicznych powinni uwzględniać szerszy kontekst rynkowy, a w szczególności reguły ochrony konkurencji¹⁴.

Pewne szczegółowe zasady dotyczące przeprowadzenia postępowania na udzielenie usług pocztowych wynikają ze specyfiki prawnej regulacji pojęcia usług. Prawo zamówień publicznych przyjmuje własny, odmienny od innych aktów prawnych, sposób definiowania usług. W europejskim i polskim prawie zamówień publicznych definicja usług ma charakter negatywny, stanowiąc, że usługami są wszelkie świadczenia niezaliczane ani do dostaw, ani do robót budowlanych (art. 2 pkt 10 p.z.p.) i wymienione w rozporządzeniu wykonawczym¹⁵. Usługi pocztowe zaliczane są do tzw. usług niepriorytetowych, a więc zgodnie z art. 5 ust.1 p.z.p. przy ich udzielaniu stosuje się postępowanie uproszczone w stosunku do pełnego i znacznie bardziej sformalizowanego tradycyjnego postępowania, wynikającego z ogólnych przepisów ustawy. W związku z powyższym w przypadku usług pocztowych nie stosuje się wynikających z p.z.p. terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej¹⁶. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE wyraźnie wskazuje, iż w ramach postępowania przetargowego zamawiający może brać pod uwagę doświadczenie oferentów, ich personel i wyposażenie oraz zdolność do wykonania zamówienia w przewidywanym czasie¹⁷.

W prawie polskim, podobnie jak w prawie Unii Europejskiej, świadczenie usług pocztowych regulowane jest również szczególnymi przepisami odnoszącymi się do zamówień sektorowych, co znajduje swój wyraz w art. 132 p.z.p. Zgodnie z art. 132 ust. 3 p.z.p. zamawiający udzielający zamówień stosują przepisy odnoszące się do zamówień sektorowych na enumeratywnie wskazane zamówienia związane ze świadczeniem usług: zarządzania usługami pocztowymi, przesyłania zakodowanych dokumentów za pośrednictwem elektronicznych środków komunikacji, zarządzania bazami adresowymi, przesyłania poleconej poczty elektronicznej, finansowych, filatelistycznych i logistycznych, w szczególności przewozu przesyłek towarowych oraz ich konfekcjonowania i magazynowania¹⁸.

Wartość zamówienia publicznego ustala się z zachowaniem należytej staranności na podstawie całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (art. 32 ust. 1 p.z.p.). Innym natomiast pojęciem jest cena, czyli całkowita kwota będąca wynagrodzeniem wykonawcy, przy której obliczaniu już uwzględniony zostaje podatek VAT. Wartość zamówienia publicznego jest określana bez podatku VAT ze względu na konieczność zapewnienia

z 15.07.2010 r. w sprawie 74/09, ECR I-7271; wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 12.11.2009 w sprawie C-199/07 (*Komisja v. Grecja*), ECR I-10669; wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07 (*Mechaniki*), ECR I-9999.

¹⁴ Por. orzecznictwo krajowe np. wyr. KIO z 23.01.2014 r. (KIO 2/14); wyr. KIO z 24.07.2013 r. (KIO 1673/13); wyr. KIO z 7.10.2013 r. (KIO 2184/13); wyr. KIO z 11.07.2013 r. (KIO 1491/13); wyr. KIO z 5.07.2013 r. (1513/13) oraz wyr. Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 23.10.2012 r. (VII Ga 137/12); wyr. Sądu Okręgowego w Warszawie z 3.08.2012 r. (V CA 1281/12).

¹⁵ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. Nr 12, poz. 68).

¹⁶ Por. wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 19.06.2008 r. w sprawie C-454/06 (*Pressetext*), ECR I-4401; wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 18.11.2004 r. w sprawie C-126/03, ECR I-11197.

¹⁷ Wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 24.01.2008 r. w sprawie C-532/06 (*Lianakis*), ECR I-251.

¹⁸ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych*. Kometarz, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 430 i n.

konkurencyjności ofert pochodzących z różnych państw członkowskich, w których istnieją zróżnicowane stawki podatku VAT. Określenie wartości zamówienia jest bardzo istotne dla wyboru odpowiedniej procedury udzielania zamówień, a w szczególności do zakwalifikowania zamówienia jako podlegającego prawu unijnemu, od którego uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej¹⁹. Również przy ustalaniu rażąco niskiej ceny należy odnieść się do kryterium wartości zamówienia.

Do oszacowania wartości zamówienia powinno dokonać się zsumowania wszystkich rodzajów usług pocztowych, gdyż od daty wejścia w życie uregulowań nowego Prawa pocztowego w dniu 1 stycznia 2013 r. nie ma już podziału na powszechne usługi pocztowe i usługi pocztowe zastrzeżone. Dopuszczalne jest natomiast dokonanie podziału zamówienia na usługi pocztowe na części, z zastrzeżeniem, iż nie może służyć ominięciu stosowania przepisów p.z.p. (art. 32 ust. 4 p.z.p.). Dzielenie zamówienia na części może w wielu przypadkach służyć konkurencyjności na rynku, gdyż dopuszcza do udziału w postępowaniu także małe i średnie przedsiębiorstwa, które nie byłyby w stanie realizować przedmiotu zamówienia o dużej skali i wartości.

Oszacowanie wartości zamówienia poniżej 14 000 euro powoduje możliwość wyłączenia obowiązku stosowania p.z.p. na mocy art. 4 ust. 1 pkt 8. Oznacza to, iż poniżej równowartości powyższej kwoty w złotych p.z.p. nie stosuje się. Należy jednak zaakcentować, iż nadal obowiązują ogólne zasady efektywnego wydatkowania środków publicznych, a także wewnętrzne regulaminy instytucji publicznych przyjęte dla uregulowania wydatkowania środków poniżej progu stosowania p.z.p.

IV. Opis przedmiotu zamówienia

Opis przedmiotu zamówienia jest kluczowy dla każdego postępowania przetargowego²⁰. Zgodnie z p.z.p. powinien być on dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 p.z.p.). Opis zamówienia nie może jednakże utrudniać uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie dyskryminujących wyłączeń lub wprowadzenie niedozwolonych preferencji, np. wskazanie znaków towarowych, patentów czy miejsca pochodzenia²¹. Z tego powodu wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia ograniczenia dostępu wykonawców, z powołaniem na art. 17 Prawa pocztowego spotyka się z zarzutem naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W wielu postępowaniach przetargowych odwoływano się do regulacji art. 17 Prawa pocztowego, zgodnie z którym tylko operator wyznaczony ma możliwość doręczenia przesyłek listowych z mocą urzędową. Stąd przyjmowano, że możliwe jest powierzenie tej usługi jedynie Poczcie Polskiej S.A. w trybie zamówienia z wolnej ręki. W uzasadnieniu argumentowano, iż tylko ten podmiot posiadający aktualnie status operatora

¹⁹ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1336/2013 z 13 grudnia 2013 r. zmieniające dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335, s. 17) – reguluje tzw. progi stosowania prawa unijnego, które od 1 stycznia 2014 r. wynoszą: **134 000 euro** – dla dostaw i usług dokonywanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych i zamówień udzielanych przez zamawiających będącymi innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej; **207 000 euro** – dla dostaw i usług dla innych zamawiających z sektora finansów publicznych, tj. zamówień udzielanych przez jednostki samorządu terytorialnego i ich związki, jednostki dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, uczelnie publiczne, państwowe instytucje kultury, państwowe instytucje filmowe; **414 000 euro** – dla zamawiających sektorowych oraz w zamówieniach w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności; **5 186 000 euro** – dla wszystkich zamawiających w odniesieniu do robót budowlanych.

²⁰ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities...*, Chapter 17; P. Trepte, *Public Procurement in the EU: a Practitioner's Guide*, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 272.

²¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 160–63.

wyznaczonego, spełnia wymagania w postaci urzędowego poświadczenia nadania przesyłki listowej. Jednakże, jak to wielokrotnie stwierdziła w swych wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza, w żadnym z powyższych wypadków nie zostały spełnione przesłanki stosowania zamówienia z wolnej ręki, gdyż Prawo pocztowe zezwalała także innym operatorom pocztowym na świadczenie usług pocztowych²².

W ostatnim, szeroko komentowanym wyroku KIO²³ dotyczącym postępowania przetargowego na realizację usług pocztowych dla sądów i prokuratur w Polsce wskazano, iż zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganie, aby potwierdzenie nadania korespondencji dokonywane przez placówkę wybranego operatora pocztowego, posiadało moc dokumentu urzędowego, w praktyce ograniczało możliwość złożenia oferty jedynie do jednego wykonawcy. Wymóg ten został więc potraktowany jako przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba uznała, iż wymóg ten nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawnych, do których stosowania jest zobowiązany zamawiający. Z tego więc przede wszystkim powodu odwołanie Polskiej Grupy Pocztovej od decyzji zamawiającego zostało uwzględnione, a w konsekwencji podmiot ten stał się wykonawcą umowy w sprawie realizacji zamówienia.

Warunek udziału w postępowaniu, którym jest wpis operatora pocztowego do rejestru operatorów pocztowych, prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, i przedstawienia odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku, nie jest natomiast traktowany jako ograniczenie konkurencji. Wymienione kryterium ma na celu jedynie udokumentowanie odpowiednich kwalifikacji i spełnienie wymogów formalnych dla działalności profesjonalnej, a zatem jest dopuszczalnym kryterium kwalifikacji wykonawców do realizacji koncesjonowanej działalności gospodarczej.

Zamawiający jest zobowiązany do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i określenia wymagań w stosunku do świadczonych usług pocztowych. Niezbędne jest więc określenie ilości i rodzaju usług pocztowych wraz z dokonaniem ich dokładnego opisu. Bardzo częstym błędem w procedurach udzielania zamówień publicznych jest niedokładny opis przedmiotu zamówienia, który może skutkować koniecznością udzielania zamówienia publicznemu podmiotowi, który dostarczy usługę lub towar nieodpowiadający oczekiwaniom zamawiającego²⁴. Z tego powodu nie można poprzestawać jedynie na podaniu ogólnej definicji z Prawa pocztowego. Istotne jest więc podanie niezbędnych definicji poszczególnych rodzajów usług, jeżeli nie są one wystarczająco precyzyjnie określone w obowiązujących aktach prawnych, np. definicja przesyłki priorytetowej.

Ponadto należy szczegółowo opisać wymagania zamawiającego w stosunku do sposobu spełniania świadczenia usług pocztowych²⁵. Należy podkreślić, że obok rzetelnego i dokonanego z dołożeniem należytej staranności opisu przedmiotu zamówienia, to właśnie określenie sposobu spełnienia świadczenia usług odgrywa kluczową rolę dla uzyskania oferty o najwyższym standardzie. Jako wskazówka *de lege ferenda* należy więc postulować, aby zamawiający wskazywał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób, miejsce, czas odbioru i doręczania przesyłek przez

²² Wyr. KIO z 27.05.2013 r. (KIO 1115/13); wyr. KIO z 17.04.2013 r. (KIO 77/13); wyr. KIO z 19.07.2013 r. (KIO 1659/13); wyr. KIO z 17.07.2013 r. (KIO 1550/13); wyr. KIO z 23 lutego 2012 r. (KIO 293/12); wyr. KIO z 21 marca 2012 r. (KIO 476/12); por. także M. Stempel, *Przetargi na usługi pocztowe w świetle zmiany ustawy Prawo pocztowe*, LexOmega 187422.

²³ Wyr. KIO z 7 października 2013 r. (KIO 2184/13); komentarze do wyr. KIO 2184/13 – m.in. P. Trębicki, M. Sterniczuk, *Poczta w szopie*, „Rzeczpospolita” 26 lutego 2014, s.13.

²⁴ Problem opisu przedmiotu zamówienia został poruszony w wielu w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej; tylko w 2013 roku był przedmiotem blisko 150 orzeczeń KIO np. w sprawach KIO 36/13; KIO 302/13; KIO 1272/13; KIO 2184/13; KIO 2407/13.

²⁵ M. Mikulska-Nawacka, *Postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pocztowe*, LexOmega 154877.

wykonawcę. Istotny jest również zapis, iż usługa będzie świadczona do każdego wskazanego adresu w Polsce oraz poza jej granicami, jeżeli zamawiający przewiduje takie przesyłki. Należy przy tym przestrzegać zasady niedyskryminacyjnego charakteru wprowadzonych warunków. Przykładowo warunkiem naruszającym konkurencję będzie wskazanie konkretnej ilości placówek pocztowych w skali kraju, którymi ma dysponować oferent, a który to warunek może spełnić tylko jeden operator pocztowy.

Precyzyjny opis przedmiotu zamówienia i warunków, których spełnianie jest konieczne podczas świadczenia usług są najważniejszymi czynnikami bezpośrednio wpływającym na jakość ofert. Należy także wskazać, iż jest to skuteczna metoda selekcji oferentów, gdyż oferta, która nie spełnia warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – podlega odrzuceniu²⁶.

V. Wybór procedury udzielenia zamówienia publicznego

Dyrektywy Unii Europejskiej oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości podkreślają znaczenie wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego dla zapewnienia jawności i konkurencyjności postępowania²⁷.

Ustawa p.z.p. zawiera katalog trybów (procedur) udzielania zamówień publicznych, których wybór jest pozostawiony zamawiającemu, przy jednoczesnym zobowiązaniu do stosowania trybów niekonkurencyjnych tylko w przypadkach ściśle określonych w ustawie²⁸. Ponadto należy podkreślić, iż usługi pocztowe jako należące do grupy usług niepriorytetowych podlegają złagodzonemu reżimowi udzielania zamówień publicznych, który jest uregulowany w art. 5 ust.1 p.z.p.

W przypadku usług pocztowych najwłaściwszym trybem udzielania zamówienia powinien być jeden z dwóch ustawowych trybów konkurencyjnych, a więc przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony. Tryby te można zastosować zawsze, gdyż zapewniają one najwyższy poziom proceduralnej konkurencyjności²⁹. W praktyce najczęściej stosowaną przez zamawiających procedurą jest przetarg nieograniczony, gdyż jest procedurą powszechnie znaną, a uregulowania art. 5 dodatkowo umożliwiają znaczne skracanie terminów na składanie ofert z jedynym zastrzeżeniem, iż termin musi umożliwić oferentowi przygotowanie i złożenie oferty.

W celu świadczenia usług pocztowych nie jest właściwe stosowanie trybu zamówienia w wolnej ręki w związku z uchynieniem w obowiązującym Prawie pocztowym uregulowań prawnych dotyczących zastrzeżonych usług pocztowych. Zamówienie z wolnej ręki może być wszak stosowane jedynie w przypadkach ściśle określonych prawem, a uchynienie art. 67 ust. 3 pkt 1 lit. d) p.z.p. (dotyczącego usług zastrzeżonych) rozwiewa wszelkie ewentualne wątpliwości. Jednakże w przypadku decyzji zamawiającego o wszczęciu procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie innych dopuszczalnych i enumeratywnie wymienionych w art. 67 p.z.p. przesłanek, wskazane jest upublicznienie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie

²⁶ Por. wyr. KIO z 21.06.2013 r. (KIO 1375/13).

²⁷ S. Arrowsmith, *An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement*, „Common Market Law Review” 2004, vol. 1, s. 41; G. Heijboer, J. Telgen, *Choosing the Open or Restricted Procedure: a Big Deal or a Big Deal?*, „Journal of Public Procurement” 2002, vol. 2; wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 17.03.2011 r. w sprawie C-95/10 (*Komisja v. Irlandia*), ECR I-1865; wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 13.11.2007 r. w sprawie C-507/03, ECR I-9777; wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 14.11.2002 r. w sprawie C-41/00 (*Felix Swoboda*), ECR I-1322.

²⁸ Zgodnie z art.10 p.z.p. podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych jest przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony; zamawiający może udzielić również zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę lub licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie; por także: R. Szostak, *Przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej na tle europejskich tendencji rozwojowych*, [w:] A. Borowicz M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), ..., s. 57–78.

²⁹ Por. wyr. KIO z 12.12.2012 r. (KIO 2630/12), wyrok KIO z 26.04.2010 r. (KIO 580/10).

Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w celu zapewnienia przejrzystości wyboru oferty³⁰.

VI. Kryteria oceny ofert

Ocena ofert musi zostać dokonana w oparciu o kryteria upublicznione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wybór kryterium oceny ofert ma więc ogromnie istotne znaczenie, gdyż decyzja zamawiającego podjęta już w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie będzie mogła w kolejnych etapach podlegać żadnym zmianom³¹. Prawo Unii Europejskiej oraz prawo krajowe wymaga więc, aby wszystkie czynniki, które zamawiający bierze pod uwagę w celu wyłonienia najkorzystniejszej oferty, oraz ich stosunkowa waga były znane potencjalnym oferentom w chwili przygotowywania ofert. Zamawiający nie może zatem stosować kryteriów, o których nie poinformował uprzednio oferentów³². Założone więc początkowo kryterium oceny ofert będzie miało bezpośredni wpływ na jakość otrzymanej oferty.

Kryteriami oceny ofert może być, po pierwsze, sama cena – w takiej sytuacji zamawiający dokonuje wyboru oferty z najniższą ceną. Wbrew powszechnej opinii nie jest to jednak jedyne możliwe kryterium oceny ofert. Zamawiający sam decyduje czy będzie traktował cenę jako jedyne kryterium (chyba że kryterium najniższej ceny wynika ze specyfiki trybu udzielania zamówienia, czyli jest to tryb zapytania o cenę czy zamówienia z wolnej ręki). Nie można więc absolutnie obwiniać ustawy p.z.p. za stosowaną powszechnie w zamówieniach publicznych patologię najniższej ceny. W konkurencyjnych postępowaniach, tj. w przetargu nieograniczonym i ograniczonym nie wprowadzono żadnych uregulowań, które zobowiązują zamawiającego do dokonywania wyboru oferty na podstawie najniższej ceny, co jest niestety powszechną praktyką³³. Praktycy stosujący p.z.p. wskazują, iż niestety kryterium najniższej ceny jest stosowane ze względu na taki sposób interpretacji ustawy o finansach publicznych, który efektywność systemu rozumie w błędny sposób zaspokajania zadań publicznych w sposób ilościowy, a nie jakościowe. Jest to szczególnie widoczne w praktyce udzielania zamówień publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego, które wskazują, iż w obliczu skali zadań nałożonych na samorząd terytorialny, jedynie wybór ofert według ich najniższej ceny pozwoli na pełną realizację ich zadań. Ponadto, niestety praktyka realizowanych postępowań kontrolujących zamówienia publiczne (np. przez NIK, RIO, instytucje kontrolujące wydatkowanie środków pozyskanych z funduszy Unii Europejskiej) wskazuje, iż nadal w zarzutach stawianych zamawiającym pojawiają się zastrzeżenia dotyczące braku stosowania kryterium najniższej ceny w obliczu np. problemów w realizacji budżetu. Winę nadużywania kryterium najniższej ceny ponoszą również sami pracownicy zamawiającego, którzy w celu szybkiego rozstrzygnięcia postępowania przetargowego wprowadzają do specyfikacji jedynie kryterium najniższej ceny, licząc, iż w ten sposób postępowanie nie zostanie zaskarżone do Krajowej Izby Odwoławczej.

³⁰ Wyr. Sądu Okręgowego w Warszawie z 3.08.2012 r. (V CA 1281/12); wyr. KIO z 30.03.2012 r. (KIO 31/12); wyr. KIO z 16.08.2011 r. (KIO 64/11, wyrok KIO z 13.05.2011 r. (KIO 37/11); wyr. KIO z 29.04.2010 r. (KIO 533/10).

³¹ Wyr. KIO z 14.08.2013 r. (KIO 1819/13, KIO 1835/13, KIO 1839/13); wyr. KIO z 1.08.2013 r. (KIO 1711/13).

³² Wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 24.01.2008 r. w sprawie C-532/06 (Lianakis); wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 4.12.2003 r. w sprawie C-448/01 (Wienstrom), ECR I-14527; wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 17.09.2002 r. w sprawie C-513/99 (Concordia Bus), ECR I-7213; por. także S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities...*, s. 499–531.

³³ W 2012 r. w 87% (w 2011 r. – w 88%) udzielonych zamówień publicznych powyżej progów unijnych i aż w 92 % zamówień o wartości poniżej progów UE cena była jedynym kryterium wyboru ofertw: Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r., UZP, Warszawa 2013, s. 7.

Po drugie, kryterium oceny ofert może być wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (art. 91 p.z.p.), a więc bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, takich jak np. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, koszty eksploatacji, serwis, termin wykonania zamówienia. Należy podkreślić, że katalog dodatkowych kryteriów oceny ofert jest katalogiem otwartym, stąd zamawiający może go rozszerzać o inne dodatkowe kryteria, pod warunkiem, że nie będą one naruszały zasad równości i konkurencyjności w ocenie ofert³⁴. W przypadku oceny ofert na usługi pocztowe kryteria oceny ofert mogą uwzględniać właściwości wykonawcy, czyli np. jego doświadczenie czy lokalizację świadczonych usług, a nawet wiarygodność ekonomiczną, finansową i techniczną. Przykładowo w przetargach na dostarczanie przesyłek z sądów i prokuratur, obok ceny, powinny być brane pod uwagę również standardy bezpieczeństwa i warunki świadczenia usług, w szczególności odnoszące się do ich terminowości oraz ilości stałych i odrębnych punktów pocztowych. W katalogu kryteriów oceny ofert mogłyby więc znaleźć się np. konieczność zapewnienia niezakłóconego przebiegu postępowania, zapewnienie braku ingerencji osób trzecich w tok tych postępowań, zapewnienie tajemnicy korespondencji oraz ochrony danych osobowych uczestników. Prawidłowe dostarczanie przesyłek sądowych ma wszak bezpośredni związek z chronionym Konstytucją RP prawem do sądu.

Przyjęte w styczniu 2014 r. nowe dyrektywy Unii Europejskiej dotyczące udzielania zamówień publicznych³⁵ jednoznacznie odchodzą od kryterium najniższej ceny na rzecz konieczności wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Nie oznacza to całkowitego zakazu oceny ofert na podstawie samej ceny, jednakże za każdym razem zamawiający będzie zobowiązany do przeprowadzenia analizy czy cena może być jedynym, obiektywnym kryterium adekwatnym do precyzyjnie dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Wprowadza się jednocześnie pewne nieznane do tej pory w regulacjach prawa unijnego kategorie ekonomiczne, a więc konieczność określenia przedmiotu zamówienia i wyboru kryteriów oceny ofert na podstawie kosztów cyklu życia produktu, kalkulowanym na podstawie przyjętej przez zamawiającego metodologii.

VII. Podsumowanie

Procedury udzielania zamówień publicznych są podporządkowane podstawowym zasadom Wspólnego Rynku, wśród których najistotniejszą rolę odgrywają zasady niedyskryminacji, równości i uczciwej konkurencji. Są one fundamentem każdego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, niezależnie od jego wartości i przedmiotu. Wprowadzenie szczegółowych procedur udzielania zamówień publicznych miało na celu efektywne wydatkowanie środków publicznych, także w odniesieniu do usług pocztowych. Niestety, praktyka stosowania p.z.p. wskazuje, iż w obliczu około czterdziestu nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych, aktów wykonawczych i innych ustaw powiązanych z systemem zamówień publicznych stosowanie procedury udzielania zamówień publicznych stało się bardzo zbiurokratyzowane i nie zawsze realizuje swoje pierwotne

³⁴ Por. J. Pieróg, *Kryteria oceny ofert jako jeden z instrumentów realizacji polityki sektora publicznego*, [w:] J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, cz. I, UZP, Warszawa 2011, s. 153–170; M. Sobolewska, *Ewaluacja kryteriów oceny ofert w polskim systemie zamówień publicznych*, [w:] J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych...*, cz. II, s. 115–124.

³⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/WE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/WE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji – termin implementacji powyższych dyrektyw do krajowych porządków prawnych wynosi 24 miesiące od daty publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

założenia. Nie eliminuje również w pełni nadużyć w wydatkowaniu środków publicznych, gdyż często opis przedmiotu zamówienia podlega niekonkurencyjnym manipulacjom, nie przeciwdziała skutecznie zjawisku przetargowej, a przez nadużywanie kryterium najniższej ceny skutkuje zakupem towarów i usług niskiej jakości lub koniecznością odstąpienia od umowy z nierzetelnym wykonawcą. Uregulowania zamówień publicznych w Polsce muszą więc zostać zmodyfikowane na rzecz zapewnienia spójności i efektywności systemu oraz zwiększenia jego elastyczności. Postulowane *de lege ferenda* jest więc przygotowanie nowego aktu prawnego regulującego w przejrzysty sposób udzielanie zamówień publicznych, z uwzględnieniem istotnych zmian wprowadzanych przez nową dyrektywę Unii Europejskiej. Należy więc mieć nadzieję, że wprowadzenie do procedury zamówień publicznych mierzalnych wskaźników ekonomicznych, np. w zakresie metodologii obliczania cyklu życia produktu przyczyni się do rzeczywistego zaspokajania interesu publicznego.